Die Anwendbarkeit des § 281 B.G.B. auf das rechtsgeschäftliche Entgelt,

sowie seine Anwendung auf das nach § 985 B.G.B. bestehende Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer.

*

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Boos
aus Dortmund-Hörde.

1931
Buchdruckerei Fritz & Rappert, Ochsenfurt a. Main.

21:280

Referent:
Herr Geheimer Rat Professor Dr. Dr. *Bernhard Kübler.*
Dekan: Herr Professor Dr. *Max Wenzel.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1931.

Literatur-Verzeichnis.

Becker, in J.W., Bd. 15, S. 1115.

Beyer: Die Surrogation bei Vermögen im Bürg.R.; Marburg 1905.

Biermann: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung; im Arch.f.d.Ziv.Prax., Bd. 91, S. 75.

Cohn: Rechtsfolgen nichtiger Weiterveräußerung durch den Bereicherten; in Jur. Rundschau 1928, S. 229.

Crome: System des deutschen Bürgerl. Rechts; 2. Bd. Recht d. Schuldverh. 1902.

v. Dassel: Kann der Käufer vom Verkäufer, der die Ware infolge militärischer Beschlagnahme nicht liefern kann, Herausgabe des Überschusses des Enteignungspreises über den Kaufpreis verlangen? Im „Recht" 16, S. 92.

Dernburg: Pandektenrecht; 8. Aufl., Berlin-München 1911.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts; Bd. II, 11. Bearb. *v. Lehmann,* Marburg 1930.

Ders: Wolff, Sachenrecht; 8. Bearb., Marburg 1929.

Felixbrodt: Das Gläubigerrecht in § 281 B.G.B. Eine Studie zum Recht d. Schuldverh. des deutschen Bürgerl. Gesetzb., Diss. Greifswald 1918.

Flach: Die Anwendung der §§ 281 und 283 B.G.B. auf den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 B.G.B.; Diss., Frankfurt 1928.

Girard: Geschichte und System des römischen Rechts; Bd. 2, Berlin 1908.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerl. Gesetzbuch; II. Aufl., Berlin 1903.

Haymann: Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht; in Z.R.G. 40, S. 322 ff.

Ders.: Zuwendung aus fremden Vermögen; in Jher. Jahrb., Bd. 77, S. 188.

Heck: Grundriß des Schuldrechts; Tübingen 1929.

Jhering: Abhandlungen aus dem römischen Recht; Leipzig 1844.

Kappesser: Vermögensausgleich durch Anspruchsverschiebung; Diss. Jena 1925 (Maschinenschrift).

Kisch: Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen; Jena 1900.

Ders.: Besprechung von Titzes Unmöglichkeit; in Krit. Vierteljahresschrift, 3. F., Bd. 8.

Ders.: in Grünhuts Zeitschrift 28, S. 259.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B.; Jena 1900.

Kommentar von Reichsgerichtsräten; 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

Korsch: Der Anspruch auf das Surrogat (Ersatzanspruch), namentlich mit Rücksicht auf die Kriegsverhältnisse; im Arch.f.d.Ziv.Prax., Bd. 114.

Kress: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts; München 1929.

Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches; 5. Aufl., Berlin 1929.

Ders.: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß; im Arch. f. d. Ziv.Prax., Bd. 101.

Ders.: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre; 1. Beitrag in Jherings Jahrbuch, Bd. 57.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B.G.B.; Bd. II, Berlin 1899.

Laband: Kritische Studien zum zweiten Buche des Entwurfes eines B.G.B. für das Deutsche Reich; im Arch.f.d.Ziv.Prax., Bd. 73, S. 196.

Leonhard, Fr.: Allgemeines Schuldrecht des B.G.B.; München und Leipzig 1929.

Loewenwarter, in J.W. 15, 111.

Mommsen, Fr.: Beiträge zum Obligationenrecht: Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse; Braunschweig 1853.
Ders.: Erörterungen aus dem Obligationenrecht: commodum eius esse debet cuius periculum est.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches; Bd. I, II und III, Berlin 1888.
Neukamp, in Gruch.Beitr. 59, S. 792.
Oertmann: Kommentar zum B.G.B.; allgemeiner Teil, 1927. Recht d. Schuldverh., 1. Abteilung, 5. Aufl., Berlin 1928.
Ders.: in L.Z. 15, S. 97 f.
O.L.G. Hamburg, in J. W. 16, S. 351 (mit Besprechung von *Hachenburg*).
O.L.G. in L.Z. 16, S. 628 und L.Z. 17, S. 487.
Planck: Kommentar zum B.G.B.; 2. Bd., 1. Hälfte, Recht d. Schuldverh., 4. Aufl., Berlin 1914.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des B.G.B.; Berlin 1898.
R.G.: Entscheidungen in Zivilsachen.
Rheindorff: Die Lieferungsverträge unter dem Einfluß des Krieges mit besonderer Berücksichtigung der Kriegslieferungsverträge, des § 281 B.G.B. und der Kriegsklausel; Diss. Heidelberg 1917.
Römer: Ist § 281 B.G.B. auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt anwendbar? Im Arch.f.d.Ziv.Prax., Bd. 119.
Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der einzelnen Schuldverh.; München 1900.
Schulz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb; im Arch.f.d.Ziv.Prax., Bd. 105.
Ders.: Rückgriff und Weitergriff; 1907.
Seefried: Der § 281 B.G.B., eine historisch-dogmatische Studie zum B.G.B.; Diss. Erlangen 1905.
Simon: Der Anspruch auf die Ersatzvorteile; Diss. Köln 1927.
Starke: Kriegsgewinne auf Grund Beschlagnahme; in J.W. 15, S. 561.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; II. Bd., 1. Hälfte, 8. Aufl., bearbeitet von Kuhlenbeck; 9. Aufl., 1930, bearbeitet von Werner.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerlichen Recht; Leipzig 1900.
Ders.: Besprechung von Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch; in Krit. Vierteljahresschrift 45, S. 338 ff.
Ders.: in J.W. 1928, S. 2016.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts; Bd. II, 1, Leipzig-München 1914.
Warneyer: Rechtssprechung 1912; Nr. 11.
Walsmann, in J.W. 1926, S. 1244.
Wedemeyer, in J.W. 1926, S. 2775.
Werneburg, in L.Z. 16, S. 1086.
Werner, in J.W. 1927, S. 1141 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts; 2. Bd., 8. Aufl., Frankfurt 1900.
Wunderlich, in L.Z. 15, S. 1488.
Wurzer: Zum Begriffe der Nebenforderung; in Gruchots Beiträgen, Bd. 53, S. 48 ff.

Zeitschriften.

Arch.f.d.Ziv.Prax.: Archiv für die Zivilistische Praxis; Bde.: 73, 91, 101, 105, 114 und 119.

Gruch.Beitr.: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts; Bd. 53 u. 59.

Grünhuts Zeitschrift; Bd. 28.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts; Bd. 57 und 77.

Juristische Rundschau 1928.

Juristische Wochenschrift; Bd. 15, 16, 26, 27 und 28.

Kritische Vierteljahresschrift in Gesetzgebung und Rechtsprechung; 3. Folge, Bd. 8 und Bd. 45.

L.Z.: Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht; Bd. 15, 16 und 17.

Das „Recht": Rundschau für den deutschen Juristenstand; Bd. 16.

Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts 1912.

Z.R.G.: Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte; Bd. 40, 1. Teil, über Haftung für custodia.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Literatur-Verzeichnis 3

Einleitung: Grundgedanke des § 281 B.G.B. . . . 7

I. Teil:

Die Anwendbarkeit des § 281 auf das rechtsgeschäftliche Entgelt . 10

1. Kapitel: Die Vorgeschichte des § 281 im römischen Recht 10

2. Kapitel: Der Begriff der Unmöglichkeit im § 281 B.G.B. . 14

3. Kapitel: Der Begriff „Ersatz" im § 281 17

4. Kapitel: Der Kausalzusammenhang von Unmöglichkeit der Leistung und Ersatzerwerb im § 281 . . . 21

Schlußbemerkung über den Umfang der Herausgabepflicht . . 22

II. Teil:

Die Anwendbarkeit des § 281 auf das nach § 985 bestehende Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer . . 25

1. Kapitel: Die Anwendung schuldrechtlicher Normen auf sachenrechtliche Verhältnisse im allgemeinen . 25

2. Kapitel: Die Anwendbarkeit des § 281 auf das dingliche Rechtsverhältnis des § 985 im besonderen . . 27

a) Die Ansicht derer, die eine Anwendung bejahen 27

b) Die Gründe, die zu einer Ablehnung der obenstehenden Ansicht zwingen 28

Schlußbemerkung über die Entbehrlichkeit der Anwendung des § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 B.G.B. 32

Einleitung.

Grundgedanke des § 281 B.G.B.

Es gibt Ereignisse im Rechtsleben, die ihre Wirkungen nach zwei Richtungen hin äußern: sie bedeuten für den einen einen rechtlichen Vorteil, und gleichzeitig für den anderen einen rechtlichen Nachteil. Steht solch ein Ereignis in Beziehung zu einem zwischen diesen beiden Parteien bestehenden Rechtsverhältnis, so müssen sich im Gesetz Bestimmungen finden, die den entstehenden Vorteil und Nachteil demjenigen auferlegen, dem er zukommt. Dieser Gedanke ist gleichermaßen in den Vorschriften über den Schadenersatz, die Kondiktion, wie im § 281 B.G.B. enthalten[1]). Der allen diesen Vorschriften innewohnende Gedanke ist der des Interessenausgleichs. Das ist aber nur ein Oberbegriff, der zu allgemein ist und im einzelnen verschiedene Rechtsgedanken umfaßt, um zur Auslegung und zum Verständnis spezieller Rechtsvorschriften herangezogen werden zu können. Es muß also dem Gedanken des § 281 B.G.B. näher nachgegangen werden, um eine Basis zu finden, auf die bei der Entscheidung von Zweifelsfragen zurückgegangen werden kann. Nur wenn die Grundelemente einer Vorschrift erkannt sind, kann sie in einer den wirtschaftlichen Zwecken, den Anschauungen des Lebens und dem Rechtsgefühl entsprechenden Weise angewendet werden.

Die Materialien zum B.G.B.[2]) liefern keinen oder einen nur vorsichtig aufzunehmenden Beitrag zur Erkenntnis des im § 281 B.G.B. enthaltenen Gedankens: „Das Prinzip des § 281 B.G.B. beruht auf der berechtigten Unterstellung, der Vertragswille sei darauf gerichtet gewesen und entspricht zweifellos der Billigkeit." Diese nicht überzeugende Begründung der Motive ist von der Literatur[3]) nicht aufgenommen worden. Mit Recht, denn sie trifft in vielen Fällen nicht zu, vor allem nicht in den Fällen, in denen der Schuldner freiwillig die verkaufte noch nicht übergebene Ware zum zweiten Male veräußert. Hier kann man ihm wirklich nicht den Willen unterstellen, das Erlangte an die Stelle des ursprünglich Geschuldeten treten zu lassen; denn dann wäre sein Handeln zwecklos und widersinnig.

In der Literatur finden sich hauptsächlich drei Meinungen über die Idee des § 281 B.G.B.:

1. Der § 281 B.G.B. sei ein Anwendungsfall der Schadenersatzlehre[4]). Wenn das der Fall wäre, dann müßten für die Anwendung des § 281 auch dieselben Voraussetzungen erforderlich sein, wie sie die Schadensersatzlehre aufstellt. Daran scheitert diese Ansicht. Schon allein der Umstand,

---

[1]) Die Gegenüberstellung des § 281 B.G.B. zu den Schadenersatz- und Kondiktionsansprüchen geschieht bewußt, um anzudeuten, daß er auf noch einer anderen Idee beruht, als die beiden erwähnten Arten von Bestimmungen.

[2]) Motive II, S. 45.

[3]) Das R.G. führt allerdings diesen Gedanken in der Entscheidung R.G.Z., Bd. 115, S. 31, zur Begründung seiner Entscheidung an.

[4]) *Matthiaß*, Bd. I, S. 344, 381; *Staudinger*, 8. Aufl., Anm. II, 1 zu § 281, (anders in der 9. Aufl. 1930, Anm. II, 3 zu § 281); *Korsch*, a.a.O., S. 9.

daß im Falle des § 281 dem Gläubiger gar kein Schaden erwachsen zu sein braucht, bringt eine erhebliche Abweichung von den Voraussetzungen der Schadenersatzlehre. Der Gläubiger wird zwar in den meisten Fällen einen Schaden haben, aber notwendig ist das für die Anwendung des § 281 nicht. *Staudinger*[5]) sagt dagegen: „Der Gläubiger hat nur einen Anspruch auf Ausgleich des *ihm* verursachten Schadens, nicht aber auf den Erfolg jeglicher gewinnbringenden Tätigkeit, die der Schuldner auf eigene Verantwortlichkeit unter dem Risiko dieser Schadenshaftung entwickelt." *Staudinger* verkennt hier eben, daß der Ersatz nicht Surrogat des Schadens, der möglicherweise gar nicht vorhanden ist, sondern Surrogat der Leistung ist[6]).

Außerdem nimmt die Schadenersatzlehre Bezug auf das Gläubigervermögen, wogegen das Schuldnervermögen ganz außer Ansatz bleibt, während es im Falle des § 281 gerade umgekehrt ist. Ob das Gläubigervermögen eine Minderung erfährt, ist unerheblich, wenn nur neue Werte in das Schuldnervermögen eintreten[7]). Zudem ist das Verschuldensmoment, eine Hauptvoraussetzung für einen Schadenersatzanspruch, — abgesehen von anormalen Fällen, wie die Gefährdungshaftung — im § 281 gänzlich außer Acht gelassen. Hierauf wird weiter unten bei der Frage der Vorgeschichte des § 281 noch näher eingegangen werden.

Alle diese Gründe führen dazu, die Ansicht abzulehnen, der § 281 sei ein Schadenersatzanspruch oder wenigstens eine Art davon.

2. Weniger scharf und mehr theoretischer Natur ist der Unterschied zwischen der allgemein verbreiteten Ansicht, der § 281 sei ein Ausfluß des Surrogationsprinzips[8]) und der Ansicht, die sich auf die Ausführungen von *Schulz*[9]) in seiner Lehre vom Recht auf den Eingriffserwerb gründet.

Die Defintion für den Begriff der Surrogation wird allgemein dahin gefaßt, daß man sagt: Das, was *wirtschaftlich* an die Stelle des Schuldgegenstandes tritt oder aus ihm fließt, soll auch *rechtlich* an dessen Stelle treten[10]), und aus diesem Gedanken heraus sei der § 281 auszulegen.

Nun ist es klar, daß man im Falle des § 281 nicht von Surrogation im juristisch-technischen, also im römisch-rechtlichen Sinne sprechen kann. Um die echte dingliche Surrogation handelt es sich hier nicht, denn hierfür sahen die Quellen als notwendige Voraussetzungen an[11]):

a) ein Gegenstand muß aus dem Vermögen, zu dem er gehört, ausgeschieden sein;
b) mit dem ausgeschiedenen Gegenstand muß ein anderer Gegenstand erworben sein;

---

[5]) *Staudinger*, 8. Aufl., Bem. 4 zu § 281.
[6]) So *Römer*, a.a.O., S. 366.
[7]) Vgl. *Schulz*, a.a.O., S. 7: Nicht im Vermögen des Gläubigers, wie beim Schadenersatz, sondern im Vermögen des Schuldners soll der Zustand hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der Eingriff nicht erfolgt und die Leistung richtig erbracht wäre. — Dieser Satz wird abgelehnt von *Römer*, a.a.O., S. 365.
[8]) *Kleineidam*, a.a.O., S. 115: für das B.G.B. sei das reine Surrogationsprinzip zum Durchbruch gekommen. . . . — *Enneccerus-Lehmann*, II, § 46, II; *Örtmann*, I, Anm. 1 zu § 281; *Crome*, II, S. 126; *Starke*, S. 563; *Rheindorff*, Diss. S. 61 ff.
[9]) Arch.f.d.Ziv.Prax., Bd. 105.
[10]) *Kleineidam*, a.a.O., S. 115 ff.
[11]) Vgl. *Beyer:* Die Surrogation bei Vermögen im Bürger.R., Marburg 1905, mit ausführlichen Belegen aus den Quellen.

c) ein solcher Art erworbener Gegenstand muß in das Vermögen, dem der ausgeschiedene angehört hatte, eingetreten sein;

d) dieser Eintritt muß sich unabhängig von dem Willen des Erwerbers vollzogen haben.

Es besteht aber kein Grund, nicht auch bei obligatorischen Verhältnissen von einer Surrogation, eben einer obligatorischen Surrogation zu sprechen. Der Unterschied zur dinglichen Surrogation besteht dann darin, daß der Gläubiger nur gegen seinen Schuldner einen Anspruch erhält, nicht aber, wie bei der dinglichen Surrogation, aus eigenem Recht gegen den Dritten vorgehen kann.

Aus dem letzteren Grunde wendet sich *Schulz*[12]) gegen die Auffassung, daß man es mit einem Fall der Surrogation zu tun habe und sagt, daß man nur in den Fällen der dinglichen Surrogation von Surrogation reden könne, nur uneigentlich dagegen in den Fällen der §§ 281, 816. Darin ist ihm natürlich Recht zu geben, daß man nicht im juristisch-technischen Sinn von Surrogation sprechen kann, aber immerhin der Gedanke des Surrogationsprinzips im § 281 mit enthalten ist. Nach *Schulz* ist der Grundgedanke des § 281 der, daß grundsätzlich niemand aus einem widerrechtlichen Eingriff in ein fremdes Recht einen Gewinn machen darf[13]). Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit seiner Lehre ist hier kein Raum. Mit Recht halten ihm aber seine Gegner entgegen, daß, wenn er seine Lehre auf den Eingriff abstellt, sich ein dadurch entstehender Anspruch auch gegen den Eingreifer richten müsse, was aber nicht immer der Fall ist, auch dann nicht, wenn *Schulz* den Begriff des Eingriffs noch so weit zieht. Der Fehler in der Schulz'schen Lehre wird von *Krückmann*[14]) kurz und treffend dahin aufgedeckt: Grund zur Herausgabe des Ersatzes sei rechtswidriges Haben, nicht rechtswidriges Handeln.

Titze[15]) hält den Anspruch aus § 281 für einen Notbehelf, mit dem sich der Gläubiger in Ermangelung eines besseren zufrieden geben müsse, der im einzelnen Falle eine volle Entschädigung sein könne, aber nicht notwendig diesen Erfolg haben solle.

Der vom Reichsgericht[16]) formulierten Auffassung von dem Grundgedanken des § 281 wird man sich ohne Bedenken anschließen können: Der § 281 hat zum Leitgedanken, daß Vermögenswerte, die jemandem zugeflossen sind, dem sie nach den unterliegenden Wirtschaftsbeziehungen nicht gebühren, demjenigen zugeführt werden sollen, dem sie gebühren.

---

[12]) *Schulz,* a.a.O., S. 445.

[13]) Wenn *Schulz* an anderer Stelle,, S. 7, sagt: Nicht im Vermögen des Gläubigers, wie beim Schadenersatz, sondern im Vermögen des Schuldners soll der Zustand wieder hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der Eingriff nicht erfolgt und die Leistung richtig erbracht wäre, so macht er damit denselben Fehler, den er der herrschenden Meinung mit der Bejahung des Surrogationsprinzips im § 281 vorwirft, indem er nämlich das Gesetz paraphrasiert. Wie *Felixbrodt,* a.a.O., S. 21, nämlich richtig darlegt, stellt der erstgenannte Ausdruck (Surrogation) die juristische Grundidee dar, die den Gesetzgeber zur Abfassung der Norm veranlaßte, und der letzte Satz die Methode dar, die der Gesetzgeber für richtig hielt, um dem Gesetzesprinzip zur Anerkennung zu verhelfen.

[14]) *Krückmann:* Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, 1. Beitrag; Bd. VII, S. 17.

[15]) *Titze:* Unmöglichkeit; S. 117, Anm. 35.

[16]) R.G. in J.W. 1928, S. 216 ff.

I. Teil:

Die Anwendbarkeit des § 281 auf das rechtsgeschäftliche Entgelt.

Die Anwendbarkeit des § 281 auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb oder, anders formuliert, die Frage der Anwendung des § 281 auf das commodum ex negotiatione ist Gegenstand eines lebhaften Streites in der Literatur und in der Praxis. Man kann heute wohl sagen, daß die Meinung derer, die die Anwendbarkeit der streitigen Bestimmung auf das rechtsgeschäftliche Entgelt bejahen, herrschend geworden ist, was bis vor einigen Jahren noch nicht der Fall war.

Es soll hier den Gründen nachgegangen werden, die diesen Umschwung in der Meinung verursachten.

Die Meinungsverschiedenheiten beruhen hauptsächlich auf der verschiedenen Würdigung folgender Punkte:

1. Vorgeschichte des § 281 im römischen Recht.
2. Der Begriff der Unmöglichkeit im § 281 B.G.B.
3. Der Begriff des Ersatzes im § 281 B.G.B.
4. Der Kausalzusammenhang von Unmöglichkeit der Leistung und Ersatzerwerb.

1. Kapitel:

Die Vorgeschichte des § 281 im römischen Recht.

Von denen, die die Anwendung des § 281 auf das commodum ex negotiatione verneinen, wird die Vorgeschichte der streitigen Bestimmung im römischen Recht zur Begründung ihrer Ansicht herangezogen.

Sie argumentieren folgendermaßen: Der § 281 ist nichts anders als der römisch-rechtliche Satz: cuius est periculum eius et commodum esse debet[17]). Dieser Satz hat nur Anwendung gefunden bei dem commodum ex re, nicht auch bei dem commodum ex negotiatione[18]). Folglich verbietet sich auch die Anwendung des § 281 auf das commodum ex negotiatione.

---

[17]) § 3, Inst. de emptione et venditione (3, 23).

[18]) Beweis hierfür sei die Pandektenstelle L. 21 D. 18, 4: nam si eundem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis *non ex re*, sed *propter negotiationem* percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem tibi enim rem debebam, non actionem.

Zugegeben, daß es wertvoll ist, für die Auslegung einer Bestimmung auf ihren Ursprung im früheren Recht zurückgreifen zu können. Will man aber die früher in Geltung gewesenen Grundsätze einer Bestimmung schematisch auf die neuere Bestimmung übertragen, so ist Voraussetzung dafür, daß beide Bestimmungen vollkommen identisch sind. Selbst dann kann es vorkommen, daß eine Änderung in den Rechtsanschauungen zu einer abweichenden Behandlung zwingt, sodaß die Berufung auf das frühere Recht, wenn sie überhaupt zulässig ist, durchaus nicht immer einen vollgültigen Beweis zu liefern braucht.

Es soll aber hier nachgewiesen werden, daß eine Berufung auf das römische Recht im Falle des § 281, so wie sie von *Kisch*[19]), *Korsch*[20]), *Staudinger-Kuhlenbeck*[21]) gemacht wird, gar nicht zulässig ist. Alle diese verkennen die Art des Zusammenhanges des § 281 mit dem römischen Recht, der natürlich nicht geleugnet werden kann. Er ist nämlich, wie *Seefried* nachgewiesen hat, lediglich ein historischer, nicht auch ein dogmatischer.

Die Annahme, daß der § 281 nichts anderes sei, als der römisch-rechtliche Satz: cuius periculum est eius et commodum esse debet trifft aus folgenden Gründen nicht zu:

Der § 238, 1. Entwurf zum B.G.B. war noch eine genaue Wiedergabe des römisch-rechtlichen Prinzips. Die Zuteilung des commodums an den Gläubiger hing also davon ab, daß er einen Nachteil erlitt; dieses hatte wiederum zur Voraussetzung, daß er das periculum[22]) trug, d. h. also, daß der Schuldner an der Unmöglichkeit der Leistung keine Schuld trug; denn hatte er die Unmöglichkeit zu vertreten, so bekam der Gläubiger einen Schadenersatzanspruch, und das periculum trug nicht er, sondern der Schuldner. Der römisch-rechtliche Satz fand somit nur in den Fällen Anwendung, in denen der Schuldner die Leistungsunmöglichkeit *nicht* zu vertreten hatte.

Bei diesem Standpunkt des ersten Entwurfs ist das B.G.B. aber nicht stehen geblieben, sondern es gibt den Anspruch bei jeder nachfolgenden Unmöglichkeit, sei sie vom Schuldner zu vertreten oder nicht[23]). Man

---

19) *Kisch:* Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen; Jena 1900. S. 200.

20) *Korsch:* Der Anspruch auf das Surrogat (Ersatzanspruch), namentlich mit Rücksicht auf die Kriegsverhältnisse; im Arch.f.d.Ziv.Prax. Bd. 114.

21) *Staudinger-Kuhlenbeck,* 8. Aufl., Anm. 1 zu § 281. — (Anders in der 9. Aufl. 1930.)

22) Eine einheitliche Bedeutung fehlt dem Wort periculum. Die meisten Schriftsteller, wie *Mommsen,* Beiträge: Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853, S. 237; und Erörterungen aus dem Obligationenrecht: commodum eius esse debet cuius periculum est, S. 77 f.; *Jhering,* Abhandlungen aus dem römischen Recht, Leipzig 1844, S. 40 f., nehmen an, daß es eine weitere Bedeutung als „Zufall" im Gegensatz zu einem durch Verschulden der Parteien herbeigeführten Ereignis habe; es bezeichnet lediglich einen Nachteil, gleichgültig, ob man ihn auf Grund allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen oder auf Grund besonderer Vereinbarung zu tragen hat. Wie es im einzelnen Fall zu verstehen ist, muß nach dem Zusammenhang bestimmt werden. Vgl. hierzu *Simon,* Diss. S. 4.

23) Die Anregung zu dieser Abweichung gab ein Aufsatz von *Laband,* in welchem dieser in einer kritischen Studie zum 2. Buche des Entwurfs eines B.G.B. für

wollte die etwaige Erleichterung, welche das Fordern des Surrogates gegenüber dem oft schwer nachweisbaren Schaden in sich enthält, dem Gläubiger auch dann zukommen lassen, wenn der Schuldner den für die Unmöglichkeit kausalen Umstand zu vertreten hat. Es soll der Gläubiger in diesem Fall, wo der Schuldner offenbar nicht mehr Rücksicht verdient, als wenn er selbst unschuldig an dem Unmöglichwerden ist, nicht schlechter gestellt werden, als im entgegengesetzten Fall[24]). Damit ist der Ausgangspunkt der ganzen Bestimmung im römischen Recht, eben jener Satz: cuius est periculum eius et commodum esse debet, vollkommen verlassen, weil die Zuteilung des commodums an den Gläubiger nicht mehr von der Tragung des periculums im römischen Sinne abhängt, eine wesentliche Voraussetzung des römischen Satzes also fehlt[25]). Außerdem weist *Seefried* a.a.O. darauf hin, daß der Umstand, daß § 281 nur vom Gläubigerrecht handelt, seine Wirkung im Vergleich zum römischen Satz in selbstverständlicher Weise begrenzt, da dieser die Zuteilung des commodums sowohl an den Gläubiger wie auch an den Schuldner vorsah.

Aber nicht nur die Behauptung, der § 281 sei identisch mit dem römisch-rechtlichen Satz ist falsch; auch die Konsequenz, die aus dieser falschen Voraussetzung gezogen wird, daß nämlich der § 281 nicht auf das commodum ex negotiatione bezogen werden dürfe, weil der römische Satz dieses auch nicht betraf, ist zum mindesten bestritten[26]).

Mommsen sagt hierzu: Der Entscheidungsgrund, welchen *Paulus* anführt, pretium — non ex re, sed propter negotiationem percipitur, dürfte nicht zutreffen. Wie aus der Stelle L 1 § 47, L 2 D depositi 16,3 hervorgeht, kann der Gläubiger auch das durch eine negotiatio erlangte commodum verlangen, wenn er die Gefahr dieses Ereignisses trägt. Es handelt sich hier um den Fall, daß der Deponent von den Erben des Depositars, welcher die deponierte Sache in der Meinung, sie gehöre zur Erbschaft, verkauft hat, dieselbe fordert. Ähnliche Fälle, in denen der Gläubiger die Gefahr trägt und demnach einen Anspruch auf das commodum ex negotiatione erhält, führt er an in den Stellen: L 13 § 17 D de actio empti 19,1; L 7 § 13 D comm. div. 10,3; L 15 § 2 D de rei vind. 6,1. Die ersten beiden Stellen behandeln den Fall, daß ein Miteigentümer den ihm gehörigen Teil einer Sache verkauft und vor der Übergabe infolge eines Prozesses gezwungen wird, seinen Anteil dem Miteigentümer zu überlassen. Hier geben die Quellen dem Gläubiger einen Anspruch auf den vom Miteigentümer erhaltenen Preis; ebenfalls bei der letztgenannten Stelle, bei der die

---

das Deutsche Reich (im Arch.f.d.Ziv.Prax. Bd. 73, S. 196) auf die Notwendigkeit einer Erweiterung des römisch-rechtlichen Gedankens hinwies, dahingehend, daß auch trotz eines dem Gläubiger zustehenden Schadenersatzanspruches diesem der Surrogatanspruch zugebilligt werden müsse. Diese Anregung wurde vom Gesetzgeber aufgegriffen.

[24]) Vgl. hierzu *Kleineidam:* Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B.; Jena 1900, S. 115.

[25]) So *Kleineidam,* a.a.O., S. 117 und *Seefried,* S. 48 f.

[26]) Vgl. *Römer,* a.a.O., S. 301; *Kuhlenbeck,* von den Pandekten zum B.G.B. II, S. 96 ff. und *Mommsen,* Unmöglichkeit der Leistungen, S. 298 und Erörterungen über die Regel, commodum eius esse debet, cuius periculum est. Es handelt sich hier um die Auslegung der Stelle L 21 D 18,4, insbesondere darum, ob sie einen für das ganze römische Recht geltenden Grundsatz darstellt.

Leistung dem Schuldner infolge einer Enteignung von dritter Seite unmöglich geworden war[27]).

Auch *Seefried*[28]) kommt zu dem gleichen Ergebnis wie *Mommsen*, daß es nämlich, wenn auch selten, Fälle im römischen Recht gebe, in denen der Gläubiger bei einem commodum ex negotiatione die Gefahr trug und einen Anspruch auf dieses commodum bekam.

Somit kommen diese beiden Schriftsteller zu der Ansicht, einen Anspruch des Gläubigers auf das commodum ex negotiatione auch für das römische Recht zu bejahen, wenn nur die allgemeinen Voraussetzungen über die Gefahrtragung vorliegen. Nach ihnen besteht also für das römische Recht kein Unterschied in der Behandlung des commodum per negotiationem perceptum und des commodum ex re.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertreten *Jhering*[29]), *Haymann*[30]) und *Simon*[31]).

Jhering stellt als Grundsatz des römischen Rechts hin, daß der Gläubiger keinen Anspruch auf das commodum per negotiationem perceptum habe[32]). Die weiter oben angeführten Stellen, die dem Gläubiger diesen Anspruch doch geben, sieht er als durch das Billigkeitsgefühl bedingte Ausnahmen von dem Grundsatz an.

Haymann begründet seine Ansicht damit, daß er behauptet, die Worte: tibi enim rem debebam, non actionem, und: pretium enim hominis non ex re . . . seien interpoliert und die übrigbleibenden echten Worte: . . . ne nihil tibi debeam ex empto . . . ., et sic sit quasi alii non vendidissem, ergäben klar, daß der Gläubiger keinen Anspruch auf das durch den nochmaligen Verkauf Erlangte gehabt habe.

Simon[33]) kommt auf Grund seiner Auslegung der streitigen Bestimmung ebenfalls zu der Ansicht, daß dem Gläubiger ein Anspruch auf das commodum per negotiationem perceptum nicht zustehe. Er führt aus, daß aus dem Satz: „pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur" in dem Zusammenhang mit dem Satz: „tibi enim rem debebam, non actionem" sich die Begründung ergebe: Geschuldet war nur die Sache; der Kaufpreis stammt aber nicht aus der Sache allein, sondern aus einem Rechtsgeschäft. Aus diesem Grunde sei der Anspruch auf den Kaufpreis zu verneinen. Die Stelle selbst führe somit mit klaren Worten zu der Auslegung, daß ein Anspruch auf das commodum ex negotiatione nicht geltend gemacht werden könne, gleichgültig, wie die Gefahrtragung geregelt sei.

---

[27]) Die Stelle bezieht sich auf einen Fall, wo der Beklagte bonae fidei possessor war und wo die Expropriation vor dem arbitratus iudicis erfolgt ist.

[28]) *Seefried*, a.a.O., S. 44.

[29]) *Jhering:* Abhandlungen aus dem römischen Recht; Bereicherungsklage gegen den ehemaligen gutgläubigen Besitzer, S. 51.

[30]) *Haymann:* Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht; in Z.R.G. 40, S. 322 ff.

[31]) *Simon:* Der Anspruch auf die Ersatzvorteile; Diss. Köln 1927.

[32]) *Jhering:* Bereicherungsklage gegen den ehemaligen gutgläubigen Besitzer, S. 51 führt zu L 21 D 18,4 aus: Wir haben hier nicht eine durch Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsrücksichten beeinflußte Entscheidung eines einzelnen Falles vor uns, sondern eine mit aller Schärfe und Bestimmtheit vorgetragene und konsequent durchgeführte Theorie.

[33]) *Simon*, a.a.O., S. 10.

Alle diese Ausführungen zwingen aber m. E. durchaus nicht zu der Annahme, daß die Versagung des Anspruchs des Gläubigers auf das commodum ex negotiatione ein für das ganze römische Recht geltender Grundsatz sei und die Stellen: L 13 § 17 D 19,1; L 7 § 13 D 10,3; L 15 § 2 D 6,1; L 1 § 47, L 2 D 16,3 lediglich Ausnahmen von diesem Grundsatz seien, wie Jhering es will. Sie können höchstens eine Begründung für die jeweils vertretene Ansicht über L 21 D 18,4 erbringen. Es ist *Römer*[34]) recht zu geben, wenn er sagt, daß „die überaus zweifelhafte Frage nicht geklärt werden kann, ehe alle einschlägigen Quellenstellen einer eingehenden textkritischen Untersuchung unterzogen sind".

Für die Beantwortung der hier behandelten Frage, ob das rechtsgeschäftliche Entgelt in das Anwendungsgebiet des § 281 fällt, ist die Entscheidung dieser Streitfrage des römischen Rechts insofern ohne Bedeutung, als, wie bereits oben Seite 12 festgestellt wurde, die Voraussetzung, aus der diese weitere Konsequenz gezogen wurde, nicht zutrifft, daß nämlich der § 281 eine genaue Wiedergabe des römischen Satzes cuius est periculum eius et commodum esse debet sei.

Somit kann festgestellt werden, daß die Vorgeschichte des § 281 im römischen Recht nicht gegen eine Anwendung des § 281 auf den Erlös geltend gemacht werden kann.

2. Kapitel:

Der Begriff der Unmöglichkeit im § 281 B.G.B.

Die erste Voraussetzung des § 281 ist das Unmöglichwerden der geschuldeten Leistung.

Es muß daher dieser Begriff der Unmöglichkeit im § 281 klargelegt werden, weil bereits von der Stellungnahme zu diesem Begriff die Beantwortung der Frage der Anwendung des § 281 auf die Fälle des nochmaligen Verkaufs einer geschuldeten Sache abhängt. In diesen Fällen geht ja die geschuldete Sache als solche regelmäßig nicht unter, sondern existiert weiter fort. Wenn man trotzdem, wie es allgemein geschieht, das Vorliegen der ersten Voraussetzung bejaht, so liegt das an der Auffassung, die man von dem Begriff der Unmöglichkeit hat.

Es ist allgemein anerkannt, daß es sich im § 281 nur um eine nachträglich eingetretene Unmöglichkeit handelt[35]). Die Begründung, die *Schulz*[36]) für seine abweichende Ansicht gibt, ist nicht überzeugend: Wie *Oertmann* a.a.O. richtig ausführt, stellt doch der Anspruch aus § 281 nur ein Surrogat des Uranspruchs dar, setzt also dessen Entstandensein voraus. Ob es sich bei einem gegenseitigen Vertrag um anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit handelt, richtet sich in erster Linie nach der Zeit des Vertragsabschlusses. Allerdings kann dieser Zeitpunkt allein in einigen

---

[34]) *Römer*, a.a.O., S. 301.

[35]) *Oertmann*, Anm. 3 zu § 281; *Planck*, No. 7 zu § 281; *Staudinger*, No. 1 zu § 281; *Schollmeyer* No. 2 b zu § 281; *Dernburg*, § 61, Anm. 11.

[36]) *Schulz*, Rückgriff S. 125/126.

Fällen zu unrichtigen Ergebnissen führen[37]). Am besten wird es sein, wenn man mit *Krückmann*[38]) sagt: „Eine anfänglich unmögliche Leistung liegt nur dann vor, wenn die Leistung bei und nach ihrer Fälligkeit unmöglich ist und diese Unmöglichkeit in Umständen ihren Grund hat, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden. Nachträglich heißt die Unmöglichkeit dann, wenn sie nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist."

Da es sich im § 281 also um eine *nachträgliche* Unmöglichkeit handelt, ist hierunter auch der Fall des nachträglichen Unvermögens zu rechnen[39]), denn der § 275, Abs. 2 stellt das *nach* der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Unvermögen der nach Entstehung eintretenden Unmöglichkeit gleich. Das gilt nicht etwa nur für den Fall, daß der Schuldner die Unmöglichkeit *nicht* zu vertreten hat, sondern auch für den entgegengesetzten Fall im § 280. Der zweite Absatz des § 275 ist als selbständiger Paragraph zu denken, der eine Gleichstellung des Unvermögens mit der Unmöglichkeit ebenso für die §§ 280—283 und 323—325 vorschreibt wie für § 275, Abs. 1 [40]).

Die Frage ist aber die, ob denn überhaupt von einem Unvermögen in dem Fall gesprochen werden kann, wenn der Schuldner einen Gegenstand leisten soll, der zwar nicht ihm gehört, aber doch noch existiert. Tatsächlich lehnen einige Schriftsteller es ab, hier eine Unmöglichkeit im Sinne des § 281 anzunehmen und kommen aus diesem Grunde zu einer Ablehnung der Anwendung des § 281 auf das rechtsgeschäftliche Entgelt[41]). Ihre Zahl ist aber heute nur noch gering, vielmehr kommen die meisten Autoren jetzt zu dem richtigen Ergebnis, daß der Schuldner in diesem Falle nicht zur Erfüllung genötigt werden kann. Die Gründe, durch die sie zu diesem Resultat kommen, sind aber verschieden.

Titze[42]), *Biermann*[43]) und, diesen folgend, *Seefried*[44]), sagen, daß ein Rechtsband bei der Obligation nur zwischen Gläubiger und Schuldner bestehe. Wenn nun der Schuldner als einzige Person, welche zur Leistung verpflichtet ist, nicht leisten kann, dann sei die Leistung eben unmöglich. Es handele sich nicht darum, daß der gleiche Effekt erzielt werde, sondern

---

[37]) Vgl. die bei *Seefried* S. 46/47 angeführten Beispiele. Im Ergebnis kommt er mit *Kleineidam,* Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 86 und *Kisch,* Unmöglichkeit, S 33 zu einem anderen Resultat, als man nach *Krückmanns* Definition kommt. M.E. zu Unrecht.

[38]) *Krückmann:* Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, S. 107.

[39]) Die beiden Bezeichnungen Unmöglichkeit und Unvermögen, die sich im B.G.B. finden und auch hier beibehalten werden sollen, existieren seit *Savigny* und *Mommsen.* Die Unterscheidung dieser Begriffe wurde schon im römischen Recht gemacht: Die (objektive) Unmöglichkeit nannte man: impedimentum naturale, das (subjektive) Unvermögen: difficultas. Vgl. L 137 § 5 D de verborum obligationibus (45,1).

[40]) So *Planck* II, 1 S. 202 und *Enneccerus-Lehmann* II, 11. Bearbeitung, Anm. 2 zu § 48 I.

[41]) Vgl. *Schulz,* S. 10, der damals (1909) noch sagen konnte: „Nach der herrschenden Lehre ist hier ein Recht des ersten Käufers auf den Erlös schon deshalb ausgeschlossen, weil die Leistung nicht unmöglich geworden ist".

[42]) *Titze:* Unmöglichkeit, S. 117.

[43]) *Biermann:* Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung; im Arch.f.d.Ziv.-Prax., Bd 91, S. 75.

[44]) *Seefried,* Diss., S. 20.

daß der Inhalt der Obligation zur Auswirkung gelange. Es gebe nur eine Leistungsmöglichkeit, auch dann, wenn die Leistung alii possibilis sei[45]).

Der Schuldner ist nach *Titze, Biermann* und *Seefried* also deshalb von der Verpflichtung zur Leistung befreit, weil die Leistung eben unmöglich ist.

Enneccerus[46]) sagt unter Betonung der Billigkeit: „Sind die der Leistung entgegenstehenden Hindernisse so groß, daß sie nur mit ganz unverhältnismäßigen Opfern überwunden werden können, so muß die für das Recht allein in Betracht kommende vernünftige ethische und wirtschaftliche Betrachtung die Leistung als unmöglich gelten lassen. Wo hier die Grenze liegt, ist nach der vermutlichen Absicht der Parteien und nach Treu und Glauben zu bestimmen." Diese Unmöglichkeit wird auch wohl juristische Unmöglichkeit genannt im Gegensatz zur logischen Unmöglichkeit[47]).

Titze gibt folgende Begriffserklärung für die logische und juristische Unmöglichkeit: rein logisch betrachtet ist das Unmögliche dasjenige, von dem wir auf Grund der uns innewohnenden Kenntnisse und Erfahrungen aussagen müssen: es wird notwendig nicht geschehen. — Eine Leistung ist im Rechtssinne auch dann unmöglich, wenn ihrer Bewirkung Hindernisse entgegenstehen, deren Überwindung dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann.

Krückmann lehnt dagegen den Begriff der juristischen Unmöglichkeit ab, bei dem eine Leistung auch dann als unmöglich anzusehen ist, wenn sie dem Schuldner gesetzlich oder kontraktlich nicht zugemutet werden kann. Deshalb bezeichnet er den § 275, 2 als inhaltlos und daher als überflüssig[48]). Er kommt aber zu demselben Ergebnis, wenn er statt dessen dem Schuldner eine Einrede aus entgegenstehendem eigenen gewichtigen Interesse oder aus einem wichtigen Grunde zugesteht; nur ist dieses Ergebnis nicht auf dem Wege über den Begriff der Unmöglichkeit erzielt.

Kreß[49]) hilft hier mit einer dem wirklichen oder hypothetischen Willen der Vertragsschließenden zu entnehmenden Befreiungsklausel, will also ebenfalls die Fälle überobligationsmäßiger Schwierigkeit nicht auf dem Weg über die Unmöglichkeit lösen.

Die Ausführungen aller dieser Schriftsteller, zu denen im Einzelnen kritisch Stellung zu nehmen, hier zu weit führen würde, lassen erkennen, daß eine generelle Regelung für die Frage nach dem Vorliegen einer subjektiven Unmöglichkeit nicht gegeben werden kann. Mit Recht sagt

---

[45]) Hier wird also die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit glatt abgelehnt. So sagt *Seefried*, a.a.O., ... daß ein Unvermögen zur Leistung als etwas im Gegensatz zur Leistungsunmöglichkeit sich stellendes und dennoch der Wirkung nach mit diesem analoges Verhältnis nicht gedacht werden kann. *Kleineidam*, S. 5, will dagegen die Notwendigkeit der Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit durch den § 267 begründen, nach welchem auch ein Dritter an Stelle des Schuldners die Obligation erfüllen, also der Fall eintreten kann, daß eine dem Schuldner subjektiv unmögliche Leistung doch bewirkt werden kann.

[46]) *Enneccerus-Lehmann* II, § 29, 1 a.

[47]) Z. B. *Staudinger* II, S. 134; *Kisch:* Unmöglichkeit, S. 11 ff. und vor allem *Titze:* Unmöglichkeit, S. 1 ff.

[48]) *Krückmann:* Unmöglichkeit, im Arch.f.d.Ziv.Prax. Bd. 101, S. 65 und 66.

[49]) *Kress:* Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, S. 119.

Kisch[50]): „Die Entscheidung ergibt sich aus einem Vergleich zwischen Art und Maß der geschuldeten Leistung einerseits und den Mitteln, über die der Schuldner zu ihrer Bewirkung verfügt, auf der anderen Seite. Überall ist zu beachten, daß der Begriff der Unmöglichkeit durchaus relativ ist und sich von dem der bloßen Schwierigkeit allgemein nicht scharf abgrenzen läßt. Es handelt sich dabei lediglich um quantitative Unterschiede."

Die Aufzählung aller dieser Ansichten soll lediglich den Zweck verfolgen, darzutun, daß auf diesem Wege eine befriedigende generelle Lösung nicht gefunden werden kann. Man kann in dem in Frage stehenden Fall des doppelten Verkaufes einer Sache mit Übereignung beim zweiten Verkauf wirklich nicht generell sagen: Die Leistung ist dem Schuldner gegenüber dem ersten Gläubiger unmöglich geworden oder sie ist nicht unmöglich geworden. Dafür sind die einzelnen Tatbestände in jedem Fall viel zu unterschiedlich.

Zur Erzielung eines Ergebnisses, das auch in der Praxis nicht versagt — und das ist doch letzten Endes der Zweck aller Theorie — kommt man allein, wenn man die Frage von einem anderen Gesichtspunkt aus betrachtet, wie das Reichsgericht es tut[51]).

Von der Frage, wann eine Unmöglichkeit *vorliegt*, ist die Frage, wann eine Partei sich auf die Unmöglichkeit der anderen Partei *berufen* kann, zu scheiden. Das R.G. kommt dabei zu folgendem Ergebnis: Eine subjektive Unmöglichkeit ist nicht deshalb zu leugnen, weil der Schuldner ja jederzeit den veräußerten Gegenstand zurückerwerben könne; vielmehr muß er diesen Willen auch zeigen. Zu Gunsten des Gläubigers gilt jedenfalls in dem Fall der Veräußerung der geschuldeten Sache an einen Dritten die Unmöglichkeit bis zum Beweise des Gegenteils für vorliegend.

Mit dieser Formulierung trägt das Reichsgericht den Bedürfnissen der Praxis Rechnung und entzieht sich gleichzeitig dem Streit der Theorien über die Begriffe der Unmöglichkeit, des Unvermögens bezw. der bloßen Schwierigkeit. Es verhilft mit seiner Rechtsprechung dem Gläubiger zu seinem Recht gegenüber einem pflichtwidrig handelnden Schuldner, ein Ergebnis, das als billig anzuerkennen ist.

Der Umstand, daß in den Fällen des doppelten Verkaufs einer Sache die Sache selbst noch existiert, steht somit einer Anwendung des § 281 auf diese Fälle nicht entgegen.

3. Kapitel:

Der Begriff „Ersatz" im § 281.

Eine weitere Voraussetzung des § 281 ist die, daß der Schuldner einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt hat. Erfüllt das rechtsgeschäftliche Entgelt diese Voraussetzung, oder darf es nicht unter den Begriff des Ersatzes im Sinne des § 281 gerechnet werden? Diese Frage gehört ebenfalls zu den sehr umstrittenen Punkten bei der Anwendung des § 281. Die Gegner der Anwendung des § 281 verneinen sie und führen sie als Hauptargument gegen seine Anwendung auf den rechtsgeschäftlichen Erlös an.

---

[50]) *Kisch:* Unmöglichkeit, S. 12.

[51]) R.G.Z. 52, S. 95, Warn. Rspr. 1912, No. 11 und die dort angeführten Entscheidungen.

Es ist vor allem wieder *Kisch*[52]), und im Anschluß an ihn auch *Titze*, der die Anwendung ablehnt. Er unterscheidet zwischen Ersatz und Äquivalent und beruft sich für diese Unterscheidung auf das Gesetz, das auch „Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes" und das „auf Grund des erlangten Rechtes Erworbene" einander gegenüberstelle.

Nach *Kisch* ist also Voraussetzung eines „Ersatzes", daß ein Vermögen durch ein schadenbringendes Ereignis in seinem Werte gemindert wird und die so entstandene „Lücke" durch einen neuen Wert (= Ersatz) wieder ausgeglichen wird. Der Ersatz tritt also nicht an die Stelle der vom Schuldner zu fordernden Leistung, sondern an die Stelle des Wertes des geschuldeten Gegenstandes. Ersatz tritt also für den Vermögenswert ein, dessen Übertragung auf den Gläubiger dem Schuldner unmöglich wird. Im Gegensatz hierzu entspricht das Äquivalent nicht dem Wert des Gegenstandes, den der Schuldner zu leisten nicht mehr imstande ist, sondern es ist den zufälligen Interessen und Bedürfnissen des Schuldners angepaßt. Ferner läßt nach Ansicht von *Kisch* das Äquivalent gar keine Lücke im Vermögen des Schuldners entstehen, die eines Ausgleiches bedürfte[53]).

Diese Unterscheidung zwischen Ersatz und Äquivalent ist trotz der von *Kisch* angeführten Gründe unhaltbar; denn aus dem Gesetz läßt sich eine Definition des Ersatzbegriffes nicht ableiten, da man aus ihm auch den entgegengesetzten Schluß ziehen kann. Aus der Gegenüberstellung des Gesetzes von „Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes" und „das auf Grund des erlangten Rechtes Erworbene" läßt sich für die Auslegung des § 281 nichts folgern. Andererseits ist festzustellen, daß ebenso, wie nach *Kisch* infolge eines schadenbringenden Ereignisses eine Vermögensminderung, und damit eine Lücke entsteht, so auch infolge einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung eine Lücke eintritt. Der einzige Unterschied besteht nur darin, daß im ersten Falle die Lücke durch den Ersatz bezw. Ersatzanspruch ausgefüllt wird, während im letzten Fall die Forderung auf das Äquivalent oder dieses selbst die Lücke ausgleicht. Da aber beide Ansprüche, Ersatzanspruch wie Äquivalentanspruch, in dem Moment entstehen, wo die Kisch'sche Vermögensminderung Platz greift, so kann man entgegen der von *Kisch* vertretenen Ansicht behaupten, daß überhaupt in keinem Fall eine Lücke entsteht[54]).

Der Begriff des „Ersatzes" muß also nach anderen Gesichtspunkten festgelegt werden. Maßgebend ist der allgemeine Sprachgebrauch des

---

[52]) *Kisch:* Unmöglichkeit, S. 198 ff. und in der Krit. Vierteljahresschrift 3. F., Bd. 8, S. 526 anläßlich der Besprechung von *Titzes* Unmöglichkeit; im Anschluß an diese Besprechung auch *Titze* in Krit. Vierteljahresschrift, Bd. 45, S. 380 im Gegensatz zu seiner früheren Unmöglichkeit, S. 117, vertretenen Ansicht. Zustimmend *Oertmann*, in L.Z. 15, S. 97/98.

[53]) Ähnlich *Starke*, in J.W., Bd. 15, S. 563, der vom Wechsel der Werte spricht bei Ersatz; im Aequivalent sieht er anscheinend durch geschäftliche Transaktion neugeschaffene Werte. Wie *Kisch* auch *Goldmann-Lilienthal* S. 337, O.L.G. Hamburg in J.W. 16, S. 351, mit zustimmender Besprechung von *Hachenburg*. Ebenso von *Dassel* im „Recht", Bd. 16, S. 92.

[54]) Im übrigen kann auf die Ausführungen *Römers* verwiesen werden (S. 310), der die Ansicht von *Kisch* mit guten Gründen bekämpft. — Auf die Ausführungen anderer Schriftsteller zu dieser Frage einzugehen, erübrigt sich, da sie im wesentlichen *Kisch* folgen und keine neuen Gesichtspunkte bringen.

Wortes „Ersatz" und ferner, was vom wirtschaftlichen Standpunkt als „Ersatz" anzusehen ist[55]). Zieht man zudem noch die von *Seefried*[56]) mit guten Gründen belegten Ausführungen heran, die darin gipfeln, daß das Wort „Ersatz" im § 281 nur den umständlichen Satz: „was dieses Ereignis dem Schuldner zugeführt hat" ersetzt und nur eine schlechte Übersetzung des Wortes Surrogat darstellt, so kommt man zu dem Resultat, daß Ersatz in diesem Sinne jeder Gegenstand ist, der dem zu ersetzenden gleichartig, oder diesen wirtschaftlich zu vertreten geeignet ist[57]). Dahin gehört auch eine dem Wert des zu ersetzenden Gegenstandes entsprechende Geldsumme. Dieser Ersatzerwerb muß zu dem Zweck erfolgen, die durch das Ausscheiden des betreffenden Gegenstandes entstehende Vermögensminderung wieder zu beheben. Aus welchem Grunde diese Vermögensminderung eintritt, ist unerheblich[58]). Es ist also kein Unterschied zu machen zwischen freiwilliger Weggabe des Gegenstandes durch den Schuldner und gezwungener Weggabe aus dem Vermögen[59]).

Es sind daher auch die Ansichten *Löwenwarters*[60]), *Starke*[61]) und *Korschs*[62]) abzulehnen, die den § 281 nur anwenden wollen, wenn der Wechsel der Worte „ohne Eingreifen des Schuldners" stattgefunden hat[63]). Denjenigen, die diesen Unterschied machen, ist entgegenzuhalten, daß der Gläubiger bei freiwilligem — meistens doch schuldhaftem Handeln des Schuldners, sich mit einem Schadenersatzanspruch begnügen müßte[64]), dessen Durchführung für den Gläubiger wegen des damit verbundenen Nachweises seines Schadens wesentlich schwieriger ist. Der § 281 will vielmehr in jedem Fall die Rechte des Gläubigers erweitern[65]). Anderer Ansicht ist *Staudinger*[66]), der sich zu Unrecht auf *Enneccerus*[67]) beruft; denn *Enneccerus* spricht an der angeführten Stelle von § 281, *Abs.* 2. In der 9. Auflage korrigiert *Staudinger*[68]) den Irrtum der 8. Auflage, führt aber nun eine Entscheidung des Reichsgerichts zur Begründung seiner Meinung an, die genau den gegenteiligen Standpunkt vertritt. Es handelt sich um die Entscheidung in Band 91, Seite 260 ff. In dieser wird deutlich

---

[55]) *Planck* II, 1, Erl. II c zu 281.

[56]) *Seefried*, a.a.O., S. 50 f.

[57]) *Leonhard*, § 246.

[58]) *Enneccerus-Lehmann* II, § 46, Anm. 9.

[59]) *Staudinger* II, 1, Erl. 2 zu § 281; *Römer*, S. 329 ff., wo er Stellung nimmt gegen die Entscheidung des R.G. 91, S. 260.

[60]) *Löwenwarter*, in J.W. 15, S. 111.

[61]) *Starke*, in J.W. 16, S. 563.

[62]) *Korsch*, im Arch.f.d.Ziv.Prax. 114, S. 13.

[63]) Es war ihnen bei den damals aktueller Kriegsbeschlagnahmen darum zu tun, die von der Heeresverwaltung bezw. vom Staat gezahlten Gelder den durch die Beschlagnahme mittelbar betroffenen Privatkäufern zukommen zu lassen. Da sie grundsätzlich gegen eine Anwendung des § 281 auf den rechtsgeschäftlichen Erlös waren, halfen sie eben damit, daß sie das für die Beschlagnahme gezahlte Entgelt als nicht-rechtsgeschäftliches Entgelt ansahen.

[64]) So *Warneyer*, Erl. II zu § 281, wohl im Anschluß an R.G. 91, S. 263, eine Entscheidung, die meistens *fälschlicherweise* für die in dieser Arbeit vertretene Ansicht zitiert wird.

[65]) So R.G.Z. 108, S. 187.

[66]) *Staudinger-Kuhlenbeck*, 8. Aufl., Erl. 2 c zu § 281.

[67]) *Enneccerus*, Bd. I 2, 28.—30. Aufl., Marburg 1928, § 271 I, 3, Anm. 6.

[68]) *Staudinger-Werner*, 9. Aufl. 1930, Erl. II, 3 zu § 281.

ausgeführt, daß der Verkäufer nur aus dem Gesichtspunkte des Schadenersatzes das Erfüllungsinteresse zu leisten hat, wenn er freiwillig unter Mißachtung seines Vertrages mit dem ersten Käufer die geschuldete Sache zum zweiten Male an einen Dritten veräußert. In diesem Falle könne der erste Käufer *nicht* nach § 281 den Erlös aus dem zweiten Verkaufe verlangen. So führt denn auch *Oertmann*[69]) diese Entscheidung für die Meinung an, die eine Anwendung des § 281 auf das commodum ex negotiatione *ablehnt*. Für die in dieser Arbeit vertretene Ansicht führt *Oertmann* die Entscheidung in Band 105, Seite 89 ff. an; in dieser Entscheidung wird die Anwendbarkeit des § 281 auf das commodum ex negotiatione im Gegensatz zu der oben angeführten Entscheidung bejaht. Wenn der Reichsgerichtsrätekommentar[70]) betont, ein solcher Gegensatz bestünde *nicht*, so beruht das auf einem Irrtum, denn es macht keinen Unterschied für die Frage der Anwendbarkeit des § 281 auf das commodum ex negotiatione, ob der Kläger ein Käufer ist, der seinen Anspruch aus dem Kaufvertrage geltend macht, oder ein Eigentümer, der mit der Eigentumsklage vorgeht. In beiden Fällen haben wir es mit einem Schuldverhältnis zu tun, im ersteren mit einem vertraglichen zwischen Käufer und Verkäufer, im anderen mit einem Legalschuldverhältnis zwischen dem nichtbesitzenden Eigentümer und dem besitzenden Nichteigentümer. Wenn das Reichsgericht in der Entscheidung im 105. Bande verkennt, daß das Legalschuldverhältnis in dem Augenblick erlischt, in dem der Nichteigentümer den Besitz nicht mehr inne hat[71]), ist das für die obige Feststellung unerheblich.

Es ist also daran festzuhalten, daß der § 281 auf jeden Fall die Rechte des Gläubigers erweitern und ihn nicht unbedingt auf einen ihm etwa zustehenden Schadenersatzanspruch verweisen will.

Es entspricht des ferneren nicht der Billigkeit und dem Zweck des Gesetzes, einen vertragsbrüchigen Schuldner besser zu stellen, als denjenigen, dem eine Leistung ohne sein Zutun unmöglich wird. So ist *Siber*[72]), der den Ersatz ebenfalls im wirtschaftlichen, nicht im juristisch-technischen Sinne auffaßt, nur zuzustimmen, wenn er sagt, daß es geradezu den Vertragsbruch prämiieren hieße, wollte man dem Schuldner das Behalten eines durch anderweite Veräußerung gemachten Gewinnes gestatten: wer eine Sache mit Liebhaberwert verkaufte, könnte sie mit Nutzen an jeden Dritten, der ihm mehr bietet, veräußern, weil der erste Käufer in der Regel keinen oder doch keinen höheren Schaden wird nachweisen können. Wenn dem entgegengehalten wird[73]), es widerspräche dem Rechtsgefühl, dem Gläubiger einen Vorteil zuzusprechen, den er bei normalem Verlauf der Dinge nicht gemacht hätte, so ist hierauf nur zu erwidern, daß bei „normalem Verlauf der Dinge" der Schuldner diesen Vorteil gar nicht machen konnte. Ob dieser Vorteil, den man dem Gläubiger nicht zusprechen

---

[69]) *Oertmann*, II, 1, Erl. 2 d zu § 281.

[70]) R.G.R.K., Anm. I zu § 281.

[71]) Vgl. R.G. Bd. 115, S. 33 ff.

[72]) *Planck*, 4. Aufl., Erl. 2 c zu § 281. Ebenso *Krückmann*, Institutionen, S. 440; *Enneccerus-Lehmann* II, § 46, Anm. 9; *Neukamp*, in Gruch.Beitr., Bd. 59, S 792. A.A. *Korsch*, Arch.f.d.Ziv.Prax. 114, S. 8., der Erwägungen anstellt nach den Richtlinien von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, nach denen das schutzbedürftige Interesse abgeschätzt werden müsse. Solche Erwägungen sprechen jedoch nach überwiegender Meinung gegen die von ihm vertretene Ansicht.

[73]) *Walsmann*, in J.W. 26, S. 1244, Anm. zum Urteil unter No. 4.

will, für diesen überhaupt ein Vorteil ist, steht noch sehr in Frage; denn für den Gläubiger ist es nicht *die* Leistung, auf die er einen Anspruch hat, sondern immer nur eine Art Entschädigung, die nicht einmal die Geltendmachung weiteren Schadens ausschließt[74]).

Es ist also festzustellen, daß das rechtsgeschäftliche Entgelt als Ersatz im Sinne des § 281 anzusprechen ist; in dieser Beziehung stehen der Anwendbarkeit der Vorschrift keine Bedenken entgegen.

4. Kapitel:

Der Kausalzusammenhang von Unmöglichkeit der Leistung und Ersatzerwerb im § 281 B.G.B.

Als letzte Voraussetzung des § 281 bleibt noch die Frage zu untersuchen, ob das rechtsgeschäftliche Entgelt *infolge* des Umstandes erlangt wird, der die Leistung unmöglich macht.

Es wurde früher[75]) und auch heute noch vereinzelt diese Identität des die Unmöglichkeit und des den Ersatzerwerb herbeiführenden Umstandes geleugnet, mit der Begründung, die Leistung werde unmöglich durch Übertragung auf den Dritterwerber, also durch den dinglichen Erfüllungsvertrag zwischen dem Schuldner und dem Dritten, das Entgelt aber werde erlangt auf Grund des mit dem Dritten abgeschlossenen obligatorischen Vertrages; somit sei der Ersatz bezw. Ersatzanspruch nicht „infolge des Umstandes" erlangt, der die Unmöglichkeit herbeiführe.

Diese Argumentation ist heute mit Recht fast allgemein[76]) aufgegeben worden. Mit derartig formalistischen Konstruktionen kann man dem Sinn und Zweck einer Vorschrift nicht gerecht werden.

Man hatte die rechtspolitischen Erwägungen, die zu der scharfen Trennung von obligatorischem Verpflichtungsgeschäft und dinglichem Erfüllungsgeschäft geführt haben, gar nicht beachtet, und wollte diese scharfe Trennung rein schematisch auch da durchführen wo sie gar keine Berechtigung hat, nämlich bei einer Vorschrift des Obligationenrechts. Die juristische Scheidung zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft, wie sie besonders von *Goldmann*[77]) gefordert wird, ist eben nicht in jedem Falle gerechtfertigt. Bei den dinglichen Rechten hat diese strenge Trennung ihren Sinn; denn diese wollen regelmäßig einen bleibenden Zustand begründen, der unabhängig sein soll von der zugrundeliegenden causa. So ist man denn auch allmählich dazu gekommen, von dieser Trennung im vorliegenden Fall als unnötig abzusehen und den Kausalzusammenhang im § 281 von der wirtschaftlichen Seite zu betrachten; und wirtschaftlich müssen Übereignung und Übereignungsvertrag als ein Ganzes angesehen werden, da der

---

[74]) Vgl. *Römer,* a.a.O., S. 327.

[75]) *Staudinger-Kuhlenbeck,* 8. Aufl., Erl. 2 zu § 281; *Planck,* 3. Aufl., zu § 281; *Kuhlenbeck,* von den Pandekten zum B.G.B. Bd. II, S. 96; *Goldmann-Lilienthal,* S. 337; O.L.G.Hamburg in L.Z. 16, S. 628 und L.Z. 17, S. 487.

[76]) *Oertmann,* 5. Aufl., Anm. 2 d zu § 281; *Planck,* 4. Aufl., Erl. 2 zu § 281 und Erl. 4 a zu § 249; *Staudinger-Werner,* 9. Aufl., II, 1, Erl. 2 zu § 281. *Kappesser* argumentiert allerdings noch in seiner 1925 verfaßten Dissertation mit dieser überholten Spitzfindigkeit. Vgl. S. 130 a.a.O.

[77]) *Goldmann-Lilienthal,* 2. Aufl., § 85, Anm. 28.

Verkauf einer Sache normalerweise auch ihre Übereignung zur Folge hat. Ein *ursächlicher* Zusammenhang zwischen dem Umstand, der die Unmöglichkeit und dem, der den Äquivalentanspruch herbeiführt, genügt. Das besagt, daß der für die Unmöglichkeit maßgebliche Umstand nicht die *alleinige* Ursache der Erlangung des Ersatzes zu sein braucht. Die anderen Momente können sowohl *vor* wie *nach* Entstehung des Schuldverhältnisses geschaffen worden sein. Nur darf das nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Moment nicht derartig selbständig sein, daß es die Kausalreihe unterbricht[78]).

Also wird auch das rechtsgeschäftliche Entgelt *infolge* des Umstandes erlangt, der die Unmöglichkeit herbeiführt[79]).

Daß das Gesetz selbst an anderer Stelle diese Auffassung nicht nur zuläßt, sondern geradezu zugrundelegt, zeigt der § 816 B.G.B. Er spricht von dem „durch die Verfügung Erlangten", trotzdem auch hier der Gegenwert nicht eigentlich durch die Verfügung, sondern durch das der Verfügung zugrundeliegende Kausalgeschäft erlangt wird. Von gleicher Art wie im § 816 ist auch der Kausalzusammenhang im § 281.

Der Anwendung des § 281 auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt stehen nach diesen Erörterungen weder die Vorgeschichte der streitigen Bestimmung im römischen Recht noch juristische Bedenken in Gestalt mangelnder gesetzlicher Voraussetzungen entgegen.

Dieses Resultat dürfte auch der Billigkeit und dem Rechtsgefühl entsprechen, da dem Gläubiger nicht mehr zugesprochen wird, als ihm ohnedies auf Grund seines Vertragsverhältnisses mit dem Schuldner zusteht, und dem Schuldner nur obliegt, den Ersatz dessen zu leisten, was er laut Vertrag dem Gläubiger zu leisten gehalten war.

Um noch die Bedenken derjenigen[80]), die der Meinung sind, der Gläubiger erhalte bei der Ausdehnung des § 281 auf das commodum ex negotiatione ein Mehr, auf das er rechtlich auf Grund seines Vertrages mit dem Schuldner keinen Anspruch erheben könne, sei in einer

Schlußbemerkung über den Umfang der Herausgabepflicht

die Feststellung angeknüpft, daß nicht in jedem Falle das rechtsgeschäftliche Entgelt in seiner vollen Höhe als Ersatz anzusehen ist, sondern daß der Gläubiger den Teil des Entgeltes *nicht* verlangen kann, der sich als Ver-

---

[78]) Vgl. das bei *Kleineidam* S. 115 angeführte Beispiel: Dem Schuldner verbrennt das aus seiner Sammlung verkaufte Gemälde und ein guter Freund schenkt ihm dieserhalb ein Bild desselben Meisters.

[79]) Im Ergebnis zustimmend die jetzt herrschende Lehre: R.G.R.K. Erl. 1 zu § 281. *Enneccerus-Lehmann* II, § 49, II, Anm. 9. *Planck*, 4. Aufl., II, 1, Erl. 2 c zu § 281 und Erl. 4 a zu § 249; *Dernburg* II, § 62 IV; *Oertmann*, 5. Aufl., Bd. II, 1, Erl. 2 zu § 281; *Krückmann*, Institutionen 1929, S. 440; *Fr. Leonhard*, § 246; *Schulz*, a.a.O., S. 10 ff., der Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft als „einheitlichen Eingriff in die Interessensphäre des Gläubigers" auffaßt; *Wunderlich* in L.Z. 15, S. 1488; *Werneburg* in L.Z. 16, S. 1086; *Neukamp* in Gruch.Beitr. Bd. 59, S. 787; *Römer* im Arch.f.d.Ziv.Prax. Bd. 119, S. 304; selbst *Becker* in J.W. 1915, S. 1115 gibt den Kausalzusammenhang zwischen Leistungsvertrag und Leistungsunmöglichkeit einerseits und Erlangung des Ersatzes andererseits zu, lehnt aber trotzdem die Anwendung des § 281 in diesem Falle ab.

[80]) *Korsch*, im Arch.f.d.Ziv.Prax., Bd. 105, S. 8; *Walsmann*, in J.W. 1916, S. 1244, Anm. zu No. 4; *Kappesser*, Diss., S. 126; *Becker*, in J.W. 1914, S. 1115 bezüglich des Vorteils, den der Schuldner erwirbt.

gütung für besondere Auslagen oder Tätigkeit des Schuldners innerhalb des mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäftes darstellt.

Zwar enthält das Gesetz hierfür keine positive Bestimmung, da ein Antrag zum § 238 des ersten Entwurfs, den Schuldner zur Herausgabe des Ersatzes nur zu verpflichten „gegen Vergütung des behufs Erwerbes des Ersatzes oder Ersatzanspruches Aufgewandten, jedoch nur bis zur Höhe des dem Wert der Leistung entsprechenden Betrages", zurückgezogen wurde[81]).

Diese Einschränkung ist aber nötig, weil der Erlös in dem Falle, daß der Schuldner Aufwendungen auf den Erwerb des Ersatzes gemacht hat, — sie mögen in Geld bestehen oder in einer erhöhten Geschäftstätigkeit des Schuldners, auf die der Gläubiger keinen Anspruch hatte —, nicht mehr allein Ersatz für den geschuldeten Gegenstand, sondern auch Ersatz für die Aufwendungen darstellt. Auf diesen Ersatz erstreckt sich natürlich das Recht des Gläubigers nicht[82]).

Sollte jedoch in der Gegenleistung des Gläubigers eine der eben erwähnten entsprechende Vergütung gleichfalls enthalten sein, so hat der Schuldner das Entgelt in voller Höhe dem Gläubiger als Ersatz herauszugeben[83]).

Daß eine Wertsteigerung des Gegenstandes, die in einem höheren rechtsgeschäftlichen Entgelt zum Ausdruck kommt, dem Gläubiger gebührt, dürfte keinem Zweifel unterliegen; denn er hat ja laut Vertrag einen Anspruch auf den Gegenstand selbst, sodaß ihm also bei ordnungsgemäßer Erfüllung dieses Anspruches diese Wertsteigerung ohne weiteres zugeflossen wäre[84]). Was *Krückmann*[85]) als „besonders großen Geschäftsgewinn" und *Römer*[86]) als „Sondergewinn" bezeichnet, dürfte sich praktisch nur schwer errechnen lassen; sollte jedoch dem Schuldner der Nachweis gelingen, daß das Entgelt in bestimmter Höhe nur durch besondere Umstände des Einzelfalles, sei es, daß diese in seiner Person oder in anderen Tatsachen begründet waren, erlangt war, so ist dem Schuldner auch dieser Betrag zu belassen.

So würde sich das als „Ersatz" dem Gläubiger nach § 281 zustehende Entgelt dem objektiven Werte der Sache ziemlich angleichen. Das dürfte auch dem Standpunkte von *Kisch* sehr entgegenkommen, der sich besonders daran zu stoßen scheint, daß das Äquivalent dem Werte des Gegenstandes nicht angepaßt sei[87]). Man kann in den seltenen Fällen, in denen der Gläubiger trotzdem noch ein eventuelles Mehr erhält, ihm dieses Mehr ohne große Bedenken zusprechen[88]), da es in keinem Falle den Schuldner in seinem sonstigen Vermögen schädigt[89]).

Daß das B.G.B. selbst mit einer solchen Möglichkeit rechnet, beweist der § 323, Abs. 2; denn diese Bestimmung, die dem Gläubiger den Weg

---

[81]) Vgl. Protokoll I, S. 316.

[82]) So im Ergebnis *Schulz*, Eingriffserwerb, S. 15; *Planck*, Erl. 2 f zu § 281; das R.G. äußert sich über diese Frage nicht positiv, vgl. R.G.Z. 105, S. 91.

[83]) *Römer*, a.a.O., S. 314; ähnlich *Kipp* zu *Windscheid*, S. 98.

[84]) *Römer*, S. 315, nennt diese Wertsteigerung „Konjunkturgewinn".

[85]) *Krückmann*, Inst. S. 440.

[86]) *Römer*, a.a.O., S. 315.

[87]) Vgl. *Kisch*, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 28, S. 259.

[88]) *Oertmann*, Bd. II, 1, Erl. 2 b zu § 281.

[89]) Vgl. *Römer*, a.a.O., S. 319.

zu § 281 eröffnen will, wäre sinnlos[90]), wollte das Gesetz nicht damit rechnen, daß dem Gläubiger auf diesem Wege durch das ihm gewährte Wahlrecht ein Mehr zufließe. Manche[91]) finden allerdings in dem § 323, 2 eine Inkonsequenz des Gesetzgebers.

Diese Überlegungen hat anscheinend *Kappesser*[92]) nicht angestellt, wenn er sagt, es sei nicht zulässig, daß der Gläubiger, ohne einen Nachteil erlitten zu haben aus der Rechtswidrigkeit des Schuldners einen Nutzen ziehe. Wenn er meint, es sei dem Gläubiger unbenommen, seinen Schadenersatz unter Berücksichtigung aller seiner eigenen Interessen einzuklagen, so sei ihm erwidert, daß der § 281 gar keinen Schaden voraussetzt, denn er ist kein Schadenersatzanspruch, und desferneren, daß dem Gläubiger bei einem dolosen Verhalten des Schuldners nicht auch noch die oftmals schwere Beweisführung auferlegt werden kann.

---

[90]) *Oertmann,* II, 1, Erl. 2 d zu § 281; *Römer,* a.a.O., S. 324.
[91]) So z. B. *Korsch* im Arch. f. d. Ziv.Prax., Bd. 114, S. 6.
[92]) *Kappesser,* S. 125.

II. Teil:

Die Anwendbarkeit des § 281 auf das nach § 985 bestehende Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer.

Die Frage, ob der § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer angewendet werden kann, ist ein Unterfall der Anwendung schuldrechtlicher Normen auf sachenrechtliche Verhältnisse überhaupt. Es ist daher zunächst zu untersuchen, ob nicht irgendwelche einheitlichen Eigenschaften der dinglichen Ansprüche mit der Anwendung schuldrechtlicher Normen prinzipiell unvereinbar sind und so ein allgemeines Hindernis darstellen.

1. Kapitel:

Die Anwendung schuldrechtlicher Normen auf sachenrechtliche Verhältnisse im allgemeinen.

Eine Bestimmung, die die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts auf die anderen Bücher des B.G.B. positiv anordnet, gibt es im B.G.B. nicht. Man hat es unterlassen, eine solche Bestimmung ausdrücklich ins B.G.B. aufzunehmen, weil es nicht angemessen schien, eine Bestimmung über die entsprechende Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts aufzunehmen, da „es sich mehr um eine der weiteren Prüfung und Begrenzung durch die Wissenschaft zu überlassende Rechtswahrheit als um einen positiven Rechtssatz" handle[93]).

Aus einer anderen Stelle geht aber deutlich hervor, daß die Motive diese Frage bejahen[94]): „Die allgemeinen Rechtsnormen des zweiten Buches gelten im allgemeinen auch für diejenigen Obligationen, welche in sachen-familienrechtlichen Verhältnissen entspringen und dort geregelt sind. Sie finden aber auch im allgemeinen Anwendung auf solche Ansprüche auf eine Leistung, welche lediglich auf einem dinglichen Rechte beruhen und einem dinglich Berechtigten als solchem zustehen." Eine Begründung für diese Ansicht geben die Motive ebenfalls[95]): „In ihrem wesentlichen Inhalt ist diese Leistungspflicht, welche dem Besitzer gegenüber dem Eigen-

[93]) Mot. III, S. 398.
[94]) Mot. II, S. 4.
[95]) Mot. III, S. 398.

tümer obliegt, von der Herausgabepflicht, welche auf obligatorischer Grundlage beruht, nicht verschieden. Die in einem Recht an der Sache sich gründenden Ansprüche, welche auf Herstellung des dem Inhalte des Rechtes entsprechenden Zustandes gehen, werden zwar immer von den Forderungsrechten, bei welchen die Personen des Gläubigers und des Schuldners von vornherein gegeben sind, sich unterscheiden; aber, sofern die dinglichen Ansprüche gegen eine bestimmte Person sich richten, und von dieser eine Leistung verlangen, nehmen sie einen obligationsähnlichen Charakter an. Diese Ähnlichkeit rechtfertigt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts auf die gegen eine bestimmte Person sich richtenden dinglichen Ansprüche. Der Entwurf geht von der inneren Berechtigung dieser analogen Anwendung aus, ohne welche eine fühlbare Lücke sich ergeben würde."

Dem Standpunkt der Materialien zum B.G.B., daß eine Anwendung der schuldrechtlichen Normen über den Rahmen ihrer Stellung im System des B.G.B. hinaus geboten sei, hat sich die Wissenschaft in überwiegendem Maße angeschlossen.

So hält *Enneccerus*[96]) die allgemeinen Grundsätze über die Forderungen, von einigen Abweichungen abgesehen, für entsprechend anwendbar. Zur Begründung seiner Ansicht beruft er sich[97]), wie es von den meisten Schriftstellern und mit Recht geschieht, auf den § 990, 2, der als selbstverständlich voraussetze, daß die Regeln über den Verzug auf den Eigentumsanspruch Anwendung finden; ein weiteres Argument sei § 931, der stillschweigend annehme, daß die Lehre von der Abtretung auch für den Eigentumsanspruch gelte.

Auch *Planck-Siber*[98]) vertritt die Ansicht, daß das B.G.B. von der Voraussetzung ausgehe, daß die allgemeinen Grundsätze über Schuldverhältnisse auf die dinglichen Ansprüche insoweit Anwendung finden müssen, als sich nicht aus der besonderen Natur des dinglichen Anspruches eine Abweichung ergebe. Zum Unterschied von *Enneccerus* will er aber diese Grundsätze nicht nur entsprechend, sondern unmittelbar anwenden.

Ob man nun die allgemeinen Vorschriften nur entsprechend oder unmittelbar anwenden will, macht praktisch keinen Unterschied. Es ist aber kein Grund zu sehen, sie nur entsprechend anzuwenden; denn auch der dingliche Anspruch ist ein Schuldverhältnis im Sinne des dem B.G.B. zugrundeliegenden Sprachgebrauches. Wenn er auch kein *reines* Schuldverhältnis ist, so haben doch, wenn seine obligatorische Seite in Frage steht, die allgemeinen Vorschriften unmittelbare Geltung.

Auch die Praxis hält eine grundsätzliche Anwendung schuldrechtlicher Normen auf sachenrechtliche Verhältnisse für geboten.

So sagt das R.G.[99]), daß die Ansprüche aus dem Eigentum teils dingliche Herausgabeansprüche, teils schuldrechtliche Erstattungsansprüche seien; auch soweit die ersteren in Rede stehen, sei es nicht ausgeschlossen, ein Schuldverhältnis im Sinne des dem B.G.B. zugrundeliegenden Sprachgebrauches anzunehmen, wobei nicht zu fordern sei, daß diesem Rechtsverhältnisse nun *nur* schuldrechtliche Ansprüche entspringen dürften und

---

[96]) *Enneccerus-Lehmann*, II, § 1, I, 2.
[97]) a.a.O., Anm. 8.
[98]) *Planck, Siber*, 4. Auflage, II, Vorbem. II, 2 b, S. 16.
[99]) R.G.Z., Bd. 105, S. 8.

müßten. Zur Begründung dafür, daß an sich die Möglichkeit gegeben sei, „daß aus dem Eigentum zwischen dem nichtbesitzenden Eigentümer und dem besitzenden Nichteigentümer ein Schuldverhältnis von der Art erwachsen könne, daß die Vorschriften der §§ 241—432 für eine Anwendung darauf in Betracht gezogen werden können, beruft es sich auf die Vorschrift des § 990, 2. Es hält demnach die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse auf den dinglichen Anspruch — sei es unmittelbar, sei es entsprechend — für anwendbar, aber — und jetzt kommt eine wichtige Einschränkung, die den einzig unsicheren Faktor in der ganzen Frage bedeutet, und die auch in der genannten Entscheidung fälschlich als nicht für vorliegend erachtet wurde — nur, „soweit sich nicht aus der besonderen Natur des dinglichen Anspruches und den mit Rücksicht hierauf gegebenen besonderen Vorschriften eine Abweichung ergibt."

2. Kapitel:

Die Anwendbarkeit des § 281 auf das dingliche Rechtsverhältnis des § 985 im besonderen.

Ausgehend davon, daß einer Anwendung schuldrechtlicher Normen auf sachenrechtliche Verhältnisse nichts entgegensteht, sind eine Reihe Schriftsteller und vor allem das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 105. Bande zu der Ansicht gekommen, daß der § 281 ebenso wie die anderen allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse auch auf das zwischen dem Eigentümer und dem nichtberechtigten Besitzer bestehende Legalrechtsverhältnis anwendbar sei.

a) Die Ansicht derer, die eine Anwendung bejahen.

So hat vor allem das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 105. Bande die Anwendung des § 281 auf den Anspruch des Eigentümers aus § 985 für zulässig erachtet.

Es begründet seine Ansicht damit, daß die Vorschriften über Schuldverhältnisse auf die dinglichen Ansprüche entweder unmittelbar oder entsprechend anwendbar seien, soweit sich nicht aus der besonderen Natur des dinglichen Anspruches eine Abweichung ergebe. Diese letztere Einschränkung erachtete es in der genannten Entscheidung offenbar als nicht für vorliegend.

Dieselbe Auffassung findet sich bei *Staudinger*[100]): „Der § 281 ist ebensowohl auf dingliche Ansprüche auf Leistung eines Gegenstandes, wie auf rein schuldrechtliche Ansprüche anwendbar. Er greift also auch Platz, wenn der gutgläubige Erwerber einer gestohlenen Sache diese weiterveräußert, die Sache nicht mehr zu erlangen ist und der Eigentümer von dem gutgläubigen Erwerber und Veräußerer Herausgabe des Erlöses fordert." Eine Begründung für seine Ansicht gibt *Staudinger* nicht.

Denselben Standpunkt vertritt *Heck*[101]) sogar noch nach Erscheinen der Entscheidung des Reichsgerichts in Band 115, die den in Band 105 vertretenen Standpunkt aufgibt. Eine Begründung für seine Ansicht gibt

[100]) *Staudinger-Werner*, 9. Auflage 1930, Anm. I, 1 a zu § 281.
[101]) *Heck:* Grundriß des Schuldrechts; Tübingen 1929, § 34.

Heck ebenfalls nicht; er greift nur einen Punkt aus der Begründung des Reichsgerichtsurteils heraus und lehnt ihn und damit die ganze Entscheidung ab. Es handelt sich um die Stelle der Urteilsbegründung im 115. Bande, wo das Reichsgericht den § 281 aus einem vermutlichen Parteiwillen heraus erklären will.

Mit eingehender Begründung tritt allein *Werner*[102]) für eine Anwendung des § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 ein. Er billigt zwar das Urteil des Reichsgerichts in Band 115, sagt aber gleichzeitig, daß die Frage, ob der gutgläubige Besitzer, der die Sache weiterveräußert hat, nach § 281 verpflichtet ist, dem Eigentümer den Erlös herauszugeben, nicht gleichzusetzen ist mit der allgemeinen Frage, ob § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch angewandt werden kann. Es gebe andere Fälle, als den angeführten, in denen eine Anwendung sehr wohl möglich sei; das seien die Fälle des mittelbaren Besitzes, in denen aber gleichwohl dem Besitzer die Herausgabe unmöglich sei: In diesen Fällen blieben die Anspruchsvoraussetzungen des § 985 B.G.B. fortbestehen und da einer grundsätzlichen Anwendung schuldrechtlicher Normen auf sachenrechtliche Verhältnisse nichts entgegensteht, sei auch § 281 anwendbar.

Endlich ist noch *Simon*[103]) zu erwähnen, der die Anwendung, wenn auch nur in den Fällen des unredlichen Besitzers, für möglich hält.

b) Die Gründe, die zu einer Ablehnung der obenstehenden Ansicht zwingen.

Soll die Möglichkeit einer Verbindung von § 281 mit § 985 abgelehnt werden, wie es hier und vielfach in der Literatur im Anschluß an die Reichsgerichtsentscheidung im Band 115, Seite 131 geschieht, so muß bewiesen werden, daß die besondere Natur des durch § 985 begründeten dinglichen Rechtsverhältnisses eine Anwendung des § 281 nicht zuläßt.

Um diesen Beweis zu führen, ist es notwendig, etwas weiter auszuholen und von der Tatsache auszugehen, daß die Basis des Anspruches aus § 281 das ursprüngliche Schuldverhältnis ist.

Wenn es sich im § 985 um ein Rechtsverhältnis handelt, das nicht die Möglichkeit einer Umwandlung des Leistungsinhaltes bietet, dann verbietet sich damit auch die Anwendbarkeit des § 281 auf dieses Rechtsverhältnis.

Es ist jetzt allgemein anerkannt, daß die nachträgliche Unmöglichkeit nicht das Schuldverhältnis als solches auflöst. Durch die eingetretene Unmöglichkeit wird der Schuldner lediglich von der Verpflichtung zur Leistung frei, während das bestehenbleibende Schuldverhältnis noch Auswirkungen in anderer Hinsicht haben kann, sei es, daß es sich um Schadenersatzforderungen oder um Ersatzforderungen aus § 281 handelt. Gerade der § 281 selbst kann zum Beweise dieser Ansicht herangezogen werden. Während man bei Schadenersatzforderungen noch einwenden kann, daß die Schadenszufügung — meistens eine unerlaubte Handlung — ein Moment sei, welches geeignet ist, selbständig neue Verpflichtungen zu

---

[102]) *Werner:* Besprechung des Reichsgerichtsurteils, Bd. 115, S. 31 ff.; in J.W. 1927, S. 1141 ff.

[103]) *Simon,* Diss., S. 69.

schaffen[104]), kann bei § 281, bei dem von keinerlei Verschulden die Rede ist, „als Verpflichtungsgrund schlechterdings nichts anderes gedacht werden, als das ursprüngliche Schuldverhältnis"[105]).

Es entsteht also kein neuer Anspruch, sondern der alte wechselt nur seinen Inhalt, wobei das Schuldverhältnis als solches nicht betroffen wird[106]).

Titze[107]) weist insbesondere darauf hin, daß das B.G.B. bewußt die Lehre von der nachträglichen Unmöglichkeit im System des Obligationenrechts in den Abschnitt gesetzt hat, der vom *Inhalt* der Obligation handelt. Die Mehrzahl der Gesetzbücher und Lehrbücher des gemeinen Rechts unterstellten sie gewöhnlich dem Abschnitt: „Erlöschen" des Schuldverhältnisses, so z. B.: A.L.R. I, 5, § 364; Sächs. B.G.B. III. Buch, 1. Abteilung, 5. Abschnitt; Code civil, 3. Buch, 3. Titel, Kapitel 5; *Dernburg*, Pandekten II, § 68; *Windscheid* II, § 360.

Es dürfte keinen Bedenken unterliegen, der Formulierung des Reichsgerichts in dieser Frage beizutreten und zu sagen: der § 281 beruht auf dem Gedanken, daß das Schuldverhältnis trotz der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung nicht vernichtet wird, sondern seine Wirkung in einer anderen Richtung, und zwar in der Verpflichtung zur Ersatzherausgabe äußert. Auch diese Verpflichtung hat also in dem bestehenden Rechtsverhältnis ihren Rechtsgrund[108]).

Will man den § 281 auf das Rechtsverhältnis zwischen dem nichtbesitzenden Eigentümer und dem besitzenden Nichteigentümer anwenden, dann müßte dieses Rechtsverhältnis der eben beschriebenen Umwandlung fähig sein. Der Inhalt des Herausgabeanspruchs des § 985 müßte also bei bestehenbleibender Herausgabeverpflichtung umwandelbar sein in einen Anspruch aus § 281. Das ist aber nicht möglich.

Der die Unmöglichkeit und gleichzeitig den Ersatz herbeiführende Umstand im Sinne des § 281 könnte nur die Weggabe der Sache durch den Besitzer sein. Ist diese Besitzaufgabe aber erfolgt, dann erlischt damit ohne weiteres jede dingliche Rechtsbeziehung zwischen Eigentümer und Besitzer, da der Besitz eine tatsächliche Voraussetzung der dinglichen Verpflichtungen, also derjenigen, die den Herausgabeanspruch, nicht die schuldrechtlichen Erstattungsansprüche zum Gegenstande haben, ist. Damit entfällt aber sofort eine Anwendbarkeit des § 281, da die Möglichkeit eines Fortbestehens des Verpflichtungsverhältnisses nicht gegeben ist.

Insoweit das Reichsgericht seine Ausführungen mit diesen Gründen stützt, ist ihm nur beizutreten. Bedenklich, und daher vielfach ange-

---

[104]) Das R.G. nimmt sogar auch in diesen Fällen an, daß die rechtliche Grundlage der Schadenersatzforderung in dem ursprünglichen Schuldverhältnis zu sehen ist, indem sich der Anspruch auf die geschuldete Leistung in eine Schadenersatzforderung umwandele. So R.G.Z., Bd. 54, S. 31 und Bd. 88, S. 77.

[105]) R.G.R.K., Anm. 1 zu § 275.

[106]) Die Motive II, S. 50, entscheiden die Frage nicht. Dafür: *Oertmann* zu § 281; *Staudinger* II, 1, 9. Aufl., Anm. II, 2 zu § 275; *Kreß*, S. 111; *Enneccerus-Lehmann*, Anm. 1 in § 48, I. R.G.R.K., Anm. 1 zu § 275.

[107]) *Titze*, Unmöglichkeit, S. 100 ff.

[108]) R.G.Z., Bd. 115, S. 31; ebenso *Enneccerus-Lehmann*, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, § 46, II, d.

griffen[109]), ist dagegen seine Begründung für das Fortbestehen des ursprünglichen Schuldverhältnisses im Falle des § 281.

Heck[110]) wendet sich mit Recht gegen die Tatsache, daß die reichsgerichtliche Entscheidung sich auf die Auffassung stützt, der vermutete Parteiwille lasse auf die Erhaltung des ursprünglichen Schuldverhältnisses schließen. Das rechtfertigt aber noch nicht seine weitere Folgerung, das ganze Urteil als solches abzulehnen; denn die Anschauung des R.G., das ursprüngliche Schuldverhältnis sei trotz der Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung noch weiterhin existent geblieben, ist, wie ja schon erörtert wurde, durchaus richtig. Das Reichsgericht irrt nur in der Begründung, mit der es seine Ansicht in diesem Punkt zu rechtfertigen sucht; denn es ist nicht angängig, eine Rechtsfolge durch Einschaltung subjektiver Momente zu beweisen. Wenn man sich schon zu diesem Zwecke des Parteiwillens bedienen wollte, dann käme doch lediglich der Wille *eines* Kontrahenten, nämlich des Gläubigers in Frage, da es nicht anzunehmen ist, daß auch die Absicht des Schuldners, dem aus der Fortsetzung des ursprünglichen Schuldverhältnisses doch nur ein Nachteil erwachsen kann, sich darauf erstrecken wollte. Die Ansicht des R.G. trägt also ihren Widerspruch in sich selbst.

Man kann sich also der grundsätzlichen Auffassung des Reichsgerichts anschließen, ohne sich mit all den Voraussetzungen seiner Begründung zu identifizieren.

Es muß an dieser Stelle noch auf die Ansicht derer[111]) eingegangen werden, die an sich die Anwendung des § 281 in dem Falle verneinen, daß der redliche Besitzer einer Sache diese weiter veräußert, aber diesen Tatbestand nicht mit der Frage der Anwendung des § 281 auf den Herausgabeanspruch des § 985 im allgemeinen identifizieren wollen, sondern andere Fälle zu konstruieren suchen, in denen eine Anwendung des § 281 möglich und geboten sei.

So meint *Werner*[112]) in den Fällen des *mittelbaren* Besitzes des redlichen Besitzers diese Möglichkeit gefunden zu haben. Der Fall wäre also so zu konstruieren, daß der redliche Besitzer einer gestohlenen Sache diese zum Beispiel verleiht und von dem Entleiher die Sache nur unter so großen Schwierigkeiten zurückerhalten könnte, daß für ihn im Sinne der herrschenden Lehre ein Unvermögen zur Leistung vorläge. Da der mittelbare Besitzer, so folgert *Werner* weiter, immer noch Vindikationsgegner des Eigentümers ist, so bliebe in diesem Fall die Anspruchsvoraussetzung des § 985, nämlich der Besitz, trotz eingetretener Unmöglichkeit bestehen; mithin stände einer Anwendung des § 281 in diesen Fällen nichts entgegen.

Es ist natürlich richtig, daß in den Fällen des mittelbaren Besitzes die Anspruchsvoraussetzung des § 985, der Besitz, vorliegt. Aber diese Fälle gehören ja gar nicht in das Anwendungsgebiet des § 281, weil es an der ersten Voraussetzung des § 281, nämlich der Unmöglichkeit der Leistung fehlt. Zwar ist dem mittelbaren Besitzer in dem angeführten Beispiel die Herausgabe der *Sache* unmöglich, aber da er ja nicht mehr den *un*mittelbaren Besitz dieser Sache hatte, besteht seine Leistung nur in der Heraus-

---

[109]) So z. B. von *Heck*, a.a.O., § 34.
[110]) *Heck*, a.a.O.
[111]) *Werner* in der J.W. 27, S. 1141 ff.; *Simon*, Diss., S. 69, 70.
[112]) *Werner*, Besprechung des Urteils R.G. 115, S. 31, in J.W. 27, S. 1141 ff.

gabe des Besitzes, so wie er ihn noch hat, nämlich des *mittelbaren* Besitzes (herrschende Ansicht); und *diese* Leistung, Abtretung des Herausgabeanspruches gegen den unmittelbaren Besitzer[113]), ist dem Schuldner ja nicht unmöglich geworden[114]).

Also besteht für die Fälle des mittelbaren Besitzes keine Anwendungsmöglichkeit des § 281.

Derselbe Irrtum in der Argumentation, nämlich das Fehlen der im § 281 geforderten Unmöglichkeit, den *Werner* begeht, findet sich bei *Simon*[115]), der die Fälle, in denen der Besitzer der Sache *un*redlich ist, für eine Anwendung des § 281 geeignet hält.

Der Gedankengang bei *Simon* ist der, daß in den Fällen des unredlichen Besitzers das nach § 985 bestehende Rechtsverhältnis beim Wegfall des Besitzes nicht untergeht, sondern mit verändertem Leistungsinhalt — nämlich auf Grund der §§ 987 ff. — fortbesteht. Da also hier die Möglichkeit eines Fortbestehens des Verpflichtungsverhältnisses aus § 985 trotz fehlenden Besitzes gegeben ist, hält Simon eine Anwendung des § 281 für möglich.

Diese Argumentation ist aber aus folgendem Grunde nicht haltbar:

Es ist zwar richtig, daß zwischen dem unredlichen Besitzer einer Sache und deren Eigentümer trotz eingetretenen Besitzverlustes das ursprüngliche dingliche Rechtsverhältnis des § 985 auf Grund der §§ 987 ff. fortbesteht[116]). Aber der Inhalt der Leistung geht doch nun nicht mehr auf Herausgabe der Sache, sondern Leistungsinhalt ist jetzt die Zahlung des Schadenersatzes; und *diese* Leistung wird dem Schuldner ja nicht unmöglich.

Es fehlt also in diesem Beispiel, ebenso wie in den von *Werner* konstruierten Fällen des mittelbaren Besitzes an der Hauptvoraussetzung für die Anwendung des § 281, nämlich an dem Vorliegen der dort geforderten Unmöglichkeit.

Nachdem also alle diese Versuche fehlgeschlagen sind, Fälle zu finden, in denen eine Anwendung des § 281 auf den Herausgabeanspruch des § 985 möglich ist, muß daran festgehalten werden, daß diese Anwendung wegen der besonderen Natur des dinglichen Herausgabeanspruches nicht möglich ist.

---

[113]) In der Praxis geht die Klage meistens auf Einwilligung des mittelbaren Besitzers in die Herausgabe des unmittelbaren Besitzes an den Eigentümer.

[114]) Daß *Werner* in dem Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer etwa den „Ersatzanspruch" des § 281 sieht, ist seinen Ausführungen nicht zu entnehmen.

[115]) *Simon*, a.a.O., S. 69/70.

[116]) Vgl. *Wolff*, Sachenrecht, § 85, III: „Alle Ansprüche auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen oder auf Schadenersatz sind ihrem Inhalte nach schuldrechtlicher Natur, Forderungen. Ihrer Quelle nach sind diese Ansprüche Eigentumsansprüche." Ebenso *Wurzer*, zum Begriffe der Nebenforderung in Gruch. Beitr. 53, Seite 48 ff.

Schlußbemerkung
über die Entbehrlichkeit der Anwendung des § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 B.G.B.

Alle Versuche, den § 281 mittels künstlicher Konstruktion auf den Herausgabeanspruch des § 985 anwenden zu wollen, sind nicht recht verständlich und auch überflüssig, wenn man bedenkt, daß einerseits der Eigentümer dadurch genügend geschützt ist, daß ihm „im Fall des Besitzwechsels nach der absoluten Natur des dinglichen Rechts in der Person des neuen Besitzers sofort ein neuer Herausgabeschuldner gegeben ist"[117]) (ubi rem meam invenio, ibi vindico), und daß andererseits der Schuldner durch eine Anwendung des § 281 in eine wesentlich schlechtere Rechtsposition gestellt wird, als das B.G.B. für den redlichen Besitzer beabsichtigt[118]).

Diesen Gesichtspunkt hebt *Walsmann*[119]) hervor, indem er sagt: „Das Gesetz stellt den gutgläubigen Besitzer vor der Rechtsabhängigkeit so, daß er keinen Schaden haben soll. Wenn nun der Gutgläubige verkauft, so müßte er den ganzen Erlös als Surrogat herausgeben, ohne Abzug des selbst bezahlten Preises. Dieser Preis ist weder Verwendung, noch besteht irgend ein Rechtsgrund sonst, gegenüber dem Eigentümer ihn zurückzubehalten. Eine Trennung des Erlöses in lucrum und das übrige ist gegenüber dem von § 281 aufgestellten Begriff des Ersatzes nicht möglich. Also bliebe der gutgläubige Besitzer auf seinen Schadenersatzanspruch gegen seinen Rechtsvorgänger angewiesen".

Alle diese Überlegungen lassen eine Anwendung des § 281 auf den Herausgabeanspruch des § 985 weder vom Standpunkt des Gläubigers, noch von dem des Schuldners nötig, bezw. geboten erscheinen.

---

[117]) *Haymann:* Zuwendung aus fremdem Vermögen, in Jher. Jahrb., Bd. 77, Seite 188.

[118]) Auch *Oertmann,* Ziff. 8 zu § 281, hält die Anwendung des § 281 auf dingliche Ansprüche aus diesem Grunde für bedenklich.

[119]) *Walsmann,* Besprechung des Urteils des O.L.G. Hamburg in J.W. 26, Seite 1244.